

Cour administrative d'appel de Paris

N° 13PA00040

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Inédit au recueil Lebon

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme FUCHS TAUGOURDEAU, président
Mme Virginie LARSONNIER, rapporteur

Mme VRIGNON-VILLALBA, rapporteur public
XCABINET PALMIER & ASSOCIES, avocat

6^{ème} chambre

lecture du lundi 6 octobre 2014

Vu la requête, enregistrée le 4 janvier 2013, présentée pour la SARL Air Alizé, dont le siège est situé à l'aérodrome de Magenta BP 14383 à Nouméa (98803), représentée par son gérant en exercice, par le cabinet Palmier et associés ; la SARL Air Alizé demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 12072 du 4 octobre 2012 par lequel le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a, d'une part, rejeté sa demande tendant à la condamnation du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 176 000 000 francs CFP en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière du marché de prestations de transport sanitaire par avion du SAMU, assortie des intérêts de droit à compter de la notification de la demande indemnitaire préalable et de la capitalisation des intérêts, et d'autre part, mis à sa charge la somme de 150 000 francs CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2°) de condamner le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 176 000 000 francs CFP (1 474 880 euros) en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière du marché de prestations de transport sanitaire par avion du SAMU, assortie des intérêts de droit à compter de la notification de la demande indemnitaire préalable ;

3°) de mettre à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée ;

Vu la délibération du congrès n°136 du 1er mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 22 septembre 2014 :

- le rapport de Mme Larsonnier, premier conseiller,
- les conclusions de Mme Vrignon, rapporteur public,
- les observations de MeA..., du cabinet Palmier et associés, pour la société Air Alizé,
- et les observations de Me B...du Vignaux, de la SCP Monod-Colin-Stoclet, pour la société Air Loyauté ;

1. Considérant que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a lancé, le 11 octobre 2010, une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché ayant pour objet des prestations de transports sanitaires par avion pour les besoins du SAMU ; que les sociétés TAT, Air Alizé et Air Loyauté ont déposé une offre ; que, par courrier daté du 23 mars 2011, le directeur du centre hospitalier a informé la société Air Alizé que son offre n'avait pas été retenue ; que le marché a été attribué, le 21 mars 2011, à la société Air Loyauté pour une durée de cinq ans ; que, par un courrier du 30 septembre 2011, la société Air Alizé a demandé au centre hospitalier de lui verser la somme de 176 000 000 francs CFP en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi à la suite de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution de ce marché ; que sa demande a été implicitement rejetée ; que la société Air Alizé fait appel du jugement n° 12072 du 4 octobre 2012 du Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie rejetant sa demande tendant à la condamnation du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 176 000 000 francs CFP, assortie des intérêts de droit à compter de la notification de la demande indemnitaire préalable et de la capitalisation des intérêts ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 9 du code de justice administrative : " Les jugements sont motivés " ;

3. Considérant que la requérante soutient que les premiers juges, en ne précisant pas à quel critère mentionné dans le paragraphe E du règlement particulier d'appel d'offres du marché en litige se rattachait le critère des " références et garanties professionnelles et financières du candidat " prévu à l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967 susvisée, ont insuffisamment motivé leur jugement ; que, toutefois, il ressort des termes du jugement attaqué, qu'après avoir rappelé les dispositions du paragraphe E du règlement particulier d'appel d'offres du marché, les premiers juges ont estimé, en premier lieu, que si le règlement ne reproduisait pas à l'identique les critères définis par l'article 27-2 de la délibération du

1er mars 1967, la société n'établissait pas que cette circonstance lui avait causé un préjudice dès lors que, d'une part, la plupart de ces critères étaient repris par le règlement de la consultation et que, d'autre part, les deux critères non expressément repris, soit les critères relatifs au délai d'exécution du marché et aux conditions du recours à la sous-traitance, n'avaient pu avoir un effet sur le choix du candidat et, en deuxième lieu, que la société Air Alizé, qui avait obtenu le marché précédent et connaissait donc les besoins à satisfaire, n'était pas fondée à invoquer le caractère insuffisamment précis des critères de sélection et des éléments du dossier de consultation et que la circonstance que les offres aient été classées ex aequo sur le plan technique ne saurait à elle

seule établir que ces critères étaient inadaptés au marché en cause ; que, dès lors, le jugement est suffisamment motivé sur ce point ;

4. Considérant que, contrairement à ce que soutient la société Air Alizé, il ressort des considérants 16, 17 et 18 du jugement attaqué que les premiers juges ont répondu au moyen tiré de ce qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de vérifier si l'offre de la société Air Loyauté ne méconnaissait pas les principes d'égalité de traitement et de la liberté du commerce et de l'industrie ; qu'en outre, les premiers juges ont nécessairement répondu au moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur devait rechercher si l'offre de la société Air Loyauté était " réellement engageante ", lors de l'examen du choix de l'attributaire dans le considérant 20 du jugement attaqué ; que, par suite, les premiers juges n'ont pas omis de statuer sur les moyens soulevés par la société Air Alizé ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Air Alizé n'est pas fondée à soutenir que le jugement attaqué est entaché d'irrégularité ;

Sur la responsabilité du centre hospitalier:

6. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : " La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics (...) " ; qu'aux termes de l'article 27-2 de la délibération du congrès n° 136/CP du 1er mars 1967 modifiée, dans sa rédaction applicable au marché en litige : " La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres non conformes à l'objet du marché et propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en tenant compte des critères suivants : - prix des prestations, - coût d'utilisation, - valeur technique, - références et garanties professionnelles et financières du candidat, - délai d'exécution, - conditions du recours à la sous-traitance, et de ceux stipulés dans le règlement particulier d'appel d'offres(...) " ;

8. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 modifiée, qu'en Nouvelle-Calédonie la réglementation des marchés publics prévoit l'application d'au moins six critères pour la sélection des offres, qui sont, comme il a déjà été dit, le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique, les références et garanties professionnelles et financières du candidat, le délai d'exécution, les conditions du recours à la sous-traitance ; que ces critères peuvent être complétés par d'autres critères stipulés dans le

règlement particulier d'appel d'offres ; qu'aux termes du paragraphe E du règlement particulier d'appel d'offres du marché en litige: " (...) lors de l'ouverture de la seconde enveloppe, les critères de sélection seront les suivants : - prix des prestations de l'appareil principal ; - prix des prestations de l'appareil de remplacement ; - la fonctionnalité de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement dans le cadre des missions du SAMU ; - les moyens mis en œuvre pour assurer la disponibilité de l'appareil principal (organisation proposée en matière de maintenance, contrats éventuels d'assistance technique) ; - registre d'immatriculation de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement : français ou européen ; - les performances et caractéristiques générales de l'appareil principal et de l'appareil de remplacement. Ces critères ne sont pas hiérarchisés " ; que le règlement particulier d'appel d'offres ne reprend pas les critères se rapportant aux références et garanties professionnelles et financières des candidats, au délai d'exécution et aux conditions du recours à la sous-traitance alors que le pouvoir adjudicateur aurait dû également analyser les offres des candidats au regard de ces critères ; qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport de présentation des offres à la commission d'appel d'offres et du procès verbal de la commission d'appel d'offres du

4 mars 2011 que les offres des candidates à l'attribution de ce marché n'ont pas été appréciées au regard de leurs références et garanties professionnelles et financières ; qu'ainsi le pouvoir adjudicateur a omis de prendre en compte un critère de sélection des offres, en méconnaissance des dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du

1er mars 1967 ; qu'il résulte de l'instruction que les garanties financières des sociétés TAT, Air Alize, et Air Loyauté qui rencontrait des difficultés financières très importantes depuis 2006 n'étaient pas équivalentes ; qu'il s'ensuit, que la procédure d'attribution du marché litigieux est entachée d'irrégularité sur ce point ;

9. Considérant, en deuxième lieu, s'agissant de la valeur technique des offres, qu'il résulte de l'instruction que la société Air Alizé possédait ses propres aéronefs, que la société TAT disposait d'un contrat d'affrètement de 36 mois auprès de la société Air Alizé et que l'offre présentée par la société Air Loyauté reposait sur un partenariat d'assistance technique avec la société Chalais Aviation d'une durée de 18 mois, reconductible par période de 6 mois, dont les aéronefs devaient en outre subir des transformations afin d'être adaptés aux exigences techniques du marché ; qu'ainsi, seule la société Air Loyauté ne disposait pas, à la date de l'examen des offres, des appareils nécessaires à la réalisation des prestations du marché ; que face à cette situation, la commission d'appel d'offres a émis un avis favorable à la prolongation de la durée du précédent marché attribué à la société Air Alizé, qui a ainsi été reconduit par avenants successifs jusqu'au 1er novembre 2011 ; que, dans ces conditions, alors que par ailleurs il n'est pas contesté que la société Air Loyauté n'avait pas produit le projet de contrat d'assistance technique avec la société Chalais Aviation pourtant exigé par le D du règlement particulier de l'appel d'offres sous peine de voir son offre écartée comme étant incomplète au stade de la première enveloppe, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a porté une appréciation manifestement erronée des capacités techniques des candidats en estimant qu'elles étaient équivalentes ; que, par suite, la procédure d'attribution du marché en litige est également irrégulière sur ce point ;

10. Considérant, enfin, que pour assurer le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics énoncé au 17° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; qu'en Nouvelle-Calédonie, où les dispositions en vigueur prévoient l'application d'au moins six critères énumérés à l'article 27-2 de la délibération

n° 136 du 1er mars 1967, susceptibles d'être complétés par d'autres critères, le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique, dans tous les cas, que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en oeuvre des critères d'attribution, y compris lorsque les six critères prévus par la délibération sus mentionnée ne sont pas complétés par d'autres critères spécifiques au marché en cause, en indiquant la pondération ou la hiérarchisation des critères, même lorsque leur est attribuée une égale importance ;

11. Considérant que le paragraphe E du règlement particulier d'appel d'offres précise que les critères de sélection des offres ne sont pas hiérarchisés ; que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué la pondération des critères en méconnaissance du principe de transparence des procédures d'attribution des marchés publics ; que les candidats au marché en cause ont pu légitimement déduire que chacun des critères de sélection des offres revêtaient une égale importance ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que le critère du prix a été déterminant dans le choix de l'attributaire du marché ; que, dans ces conditions, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, en ne fournissant pas aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en oeuvre des critères d'attribution du marché litigieux qui est de nature à influencer la préparation des offres des candidats , a méconnu les principes fondamentaux de la commande publique ; que, par suite, la procédure d'attribution du marché en cause est également irrégulière sur ce point ; que dès lors la société Air Alizé est fondée à soutenir que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité en ayant conclu un marché dans des conditions irrégulières ;

Sur l'indemnisation du préjudice subi par la société Air Alizé :

12. Considérant que par un arrêt du même jour, la Cour a prononcé, à la demande de la société TAT, également candidate à l'attribution du marché en litige, l'annulation de celui-ci à compter du 1er octobre 2015 ;

13. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que, dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ;

14. Considérant qu'aux termes de l'article 33 de la délibération du 1er mars 1967 modifié : " Certains marchés peuvent ne fixer que le minimum et le maximum des prestations arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits ouverts, les quantités de prestations à exécuter étant précisées, pour chaque commande, par l'administration, en fonction des besoins à satisfaire. Ces marchés, dits " marchés à commandes ", doivent indiquer la durée pour laquelle ils sont conclus. Ils peuvent comporter une clause de tacite reconduction, sans toutefois que la durée totale du contrat puisse excéder trois années... Pour les établissements hospitaliers de la Nouvelle-Calédonie, cette durée peut être fixée à cinq années au plus lorsque le coût unitaire de la prestation s'avérerait diminué de plus de 25 % par rapport à celui proposé pour une durée maximum de trois années " ;

15. Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment du tableau d'analyse des offres présentées par les sociétés TAT, Air Alizé et Air Loyauté sur une base de 600 heures par an, que

pour une durée de trois ans, l'offre de base la mieux disante était celle de la société Tat ; que l'offre proposée par les sociétés concurrentes pour une durée de cinq ans ne présentant pas un coût diminué de plus de 25% par rapport à celui proposé par la société TAT pour une durée de trois ans, le marché en cause aurait dû être conclu pour une durée de trois ans ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus la société TAT était la mieux disante ; que dès lors, la société Air Alizé était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que ses conclusions indemnitaires doivent donc être rejetées ;

16. Considérant que la société Air Alizé n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté sa demande tendant à l'indemnisation de ses préjudices subis à la suite de son éviction irrégulière du marché conclu par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie le 21 mars 2011 ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie et de la société Air Loyauté, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement de la somme que la société Air Alizé demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, par ailleurs, il n'y a pas lieu, dans les circonstances particulières de l'espèce, de mettre à la charge de la société Air Alizé le versement des sommes que le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie et la société Air Loyauté demandent sur le fondement des mêmes dispositions ;

DÉCIDE :

Article 1 : La requête de la société Air Alizé est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par la société Air Loyauté au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.